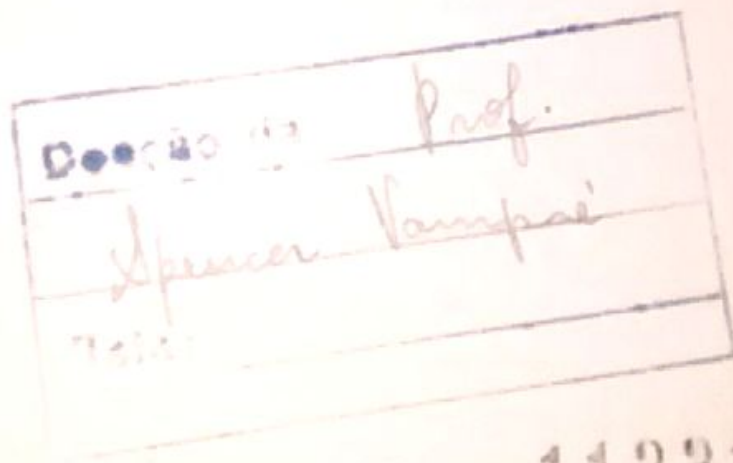
ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS

O PODER ECONÔMICO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO

Monografia para o concurso à cadeira de Introdução à Ciência do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1953
EMPRÊSA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA.
Rua Conde de Sarzedas, 38 — São Paulo

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1.º

O DIREITO E O ESTADO ANTERIORES A 1914

CAPÍTULO 2.º

CRESCIMENTO DO PODER ECONÔMICO DO ESTADO

CAPÍTULO 3.º

BUROCRACIA E CAPITALISMO DE ESTADO

CAPÍTULO 4.º

OS REFLEXOS NO DIREITO

CAPÍTULO 5.º

REMATE

dade que os caracterizou até então" (477). Realmente, nos dias que correm, sir William Beveridge, membro do Partido Liberal, "ne voit rien de sacro-saint dans la propriété privée ; à ses yeux, ce n'est qu'une méthode, qui doit être jugée uniquement par ses résultats" (478). E a Assembléia Consultiva Européia de Estrasburgo, no dia de encerramento da sua primeira sessão, "après un débat passioné révélant que l'accord ne pouvait se faire sur la nature du droit de propriété, n'a pas inscrit ce droit parmi les droits fondamentaux de l'homme" (479).

44. É claro que, se a propriedade se limita por operações do Estado a gerir a economia, se a atividade econômica dos indivíduos, cuja liberdade se manifestava na livre contratualidade, tem de se submeter às medidas de planificação ou de quase-planificação ou, pelo menos, de planificações parciais de um Estado que mantém o controle

---

477) Gustav Radbruch, "Introdución a la ciencia del derecho" cit., pg. 110.

478) Jean Lhomme, "La politique sociale de l'Angleterre contemporaine" cit., pg. 89, n. 1. Lhomme cita a pg. 295 da tradução francesa, por Laufenburger e Domarchi, sob o título — "Du travail pour tous dans une société libre" —, do "Full Employment in a Free Society" — o famoso plano-Beveridge, arquitetado a pedido do govêrno britânico de guerra presidido por Winston Churchill.

479) Gaston Morin, decano da Faculdade de Direito de Montpellier, "Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété", in "Le Droit Privé Français au milieu du XXe. siècle", éd. Lib-Gén. de Droit et Jurisp., Paris, 1950, pg. 4.

estreito do comércio exterior, quando não o monopoliza, e que fixa, no interior, preços e salários, e dirige a distribuição dos excedentes, dos lucros, e é o principal agente financiador, e faz predominar sôbre os contratos medidas de "status", é claro, então, que o direito de propriedade e a liberdade contratual cada vez mais encontram normas que os limitam nas leis de Direito Público. "El liberalismo", nota Legaz Lacambra, "representa la disolución del Derecho Publico en Derecho Privado. ...En cambio, en las concepciones superindividualistas, el punto de vista se invierte y la primacía corresponde al Derecho Público" (480). Isso que Legaz Lacambra atribui às concepções superindividualistas, se está realizando independentemente de concepções, como fruto dos fatos. Não é doutrina, como frisou Agamenon Magalhães.

"Il n'est pas douteux", afirma Georges Ripert, "que l'intervention dans l'économie d'un organisme controlé par l'État marque le passage des contrats de droit privé à la réglementation du droit public" (481). E no seu livro sôbre "O declínio do Direito", o capítulo 2.º intitula-se — "Tout devient droit public" (482).

---

480) Legaz Lacambra, "Filosofía del Derecho" cit., pg. 365.

481) Georges Ripert, "Aspects juridiques du capitalisme" cit., n. 106, pg. 234.

482) Georges Ripert, "Le déclin du droit" cit., pgs. 37/66. Em 1940, o professor Luís Eulalio Bueno Vidigal, a propósito do direito brasileiro, consignava uma "absorpção gradual do direito

Trata-se de uma recíproca penetração (483). "Avec la tendance de l'État à se substituer à l'initiative privée dans le domaine économique", escreve J. Brethe de la Gressaye, "l'Administration a éte amenée à multiplier les services publics à caractère industriel ou commercial, et en dernier lieu, avec les nationalisations, à prendre en charge l'exploitation d'anciennes entreprises privées, de sorte que par ses activités nouvelles elle se trouve soumise journellement, plus ou moins, aux règles du Droit privé, ce qui était autrefois l'exception. Mais, d'autre part, en raison de la tendance de l'État à réglementer les activités privées d'intérêt général, l'Administration a été investie d'un pouvoir de contrôle étendu sur les institutions et entreprises privées ... Par suite de ces mouvements en sens contraire, le Droit administratif et le Droit privé se sont rapprochés, et ils ont maintenant un domaine mixte" (484).

Segundo Jean Rivero, a confusão de domínios é bastante adiantada. "Ce qui résulte avant tout du droit des nationalisations, c'est l'impossibilité de s'en tenir à l'ancienne délimitation du droit public au raport du droit privé; la crise est, d'abord, une crise de frontière. La conception classique reflétait fidèlement les postulats du libéralisme: l'action du pouvoir, celle des particuliers, constituant deux zones bien distinctes; à chaque zone ses procédés juridiques. ...Il est vain de prétendre aujourd'hui découvrir deux domaines d'application distincts aux procédés du droit privé et du droit public; dans la réalité, ils s'interpénètrent à un point que l'on ne mesure pas toujours" (485).

privado pelo direito público" — "Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade", ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1940, n. 35, pg. 42.

483) Gustav Radbruch, "Introdución a la ciencia del Derecho", pg. 82.

484) J. Brethe de la Gressaye, "Droit Administratif et Droit Privé", in "Le Droit Privé Français au milieu du XXe. siècle" cit., pgs. 321/2.

A perplexidade é enorme. O Direito Público utiliza as regras do Direito Privado, o Direito Privado é invadido pelo Direito Público, não se conhece mais a fronteira. Legaz Lacambra fala num reflexo da pardacenta vida contemporânea no Direito, reflexo que traz a êste "la unidad bajo el signo de la publicidad" (491).

Êsse caráter uno e público para que tende o Direito, oferece manifestação como esta: as últimas constituições brasileiras e outras contemporâneas contêm capítulos sôbre a família (mesmo a Constituição Húngara diz, no artigo 51, que "la Republique Populaire Hongroise défend l'institution du mariage et de la famille") e a ordem econômica e social. São matérias que se tornam

485) Jean Rivero, "Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif", in "La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique", Archives de Philosophie de Droit, Nouvelle Série, Sirey, Paris, 1952, pgs. 164/5.

486) Legaz Lacambra, op. cit., pg. 347.

formalmente constitucionais. Mas o receberem forma constitucional apresenta um alcance só formal? Parece-nos que não: a matéria fêz-se eminentemente pública. Observem-se as grandes discussões políticas da atualidade — têm em seu foco a família, a propriedade, a liberdade de contratar, a locação de serviços tornada, no seu grosso, contrato de emprêgo, o comércio, as sociedades anônimas, as sociedades cooperativas, a sucessão — precisamente o Direito Privado.

Há os que, diante dessa obliteração de fronteiras entre os dois ramos, preconizam a aceitação de um "tertium genus". Radbruch o sugeria neste trecho: "a tendência para um "Direito social" vai socavando cada vez mais a separação rígida entre Direito Privado e Direito Público, entre Direito Civil e Direito Administrativo, entre contrato e lei; ambos penetram um no outro reciprocamente, dando lugar à aparição de novos campos jurídicos, que não podem ser atribuídos nem ao Direito Público nem ao Direito Privado, e sim representam um Direito inteiramente novo, de um terceiro tipo, a saber — o Direito Econômico e Operário" (487). O professor Cesarino Júnior o segue: o Direito Social "se opõe a todo o direito anterior, tanto público como privado, não sendo, portanto, nem público, nem privado, nem

487) Radbruch, "Introduccion a la ciencia del derecho" cit., pg. 108.

misto, mas "social", isto é, um *tertium genus*" (488). Num terceiro ramo do Direito, ramo nem público nem privado, fala Videla Morón: nêle "cabrian el derecho de familia, el derecho de propriedad, el derecho del trabajo y de la previsión social, el derecho sindical y el derecho mutual y cooperativo" (489). Com o "contrato dirigido" a se expandir, pouco ficaria para o Direito Privado, se algo ficasse.

O "tertium genus" não resolve o problema — desloca-o ou adia-o. Reunidas certas matérias no campo do "tertium genus", para êle, aos poucos, gravitarão outras, gravitarão tôdas, e o "tertium genus" ver-se-á "unicum genus". Não se trata de uma deficiência do espírito humano. Trata-se de que a realidade, com o complicar-se e o não se estabilizar, não permite a solução do problema.

O capitalismo de Estado desfavorece as definições e as divisões. A "publicização" do Direito Privado por êle trazida é atropelo para o nosso cartesiano amor às idéias claras e distintas.

45. — Obliterou-se a discriminação entre "público" e "privado", por se terem tornado mais do que nunca comuns aos diversos ramos do Direito, conglobados sob uma ou outra divisão, as técnicas

488) A. F. Cesarino Júnior, "Direito Social Brasileiro", ed. Liv. Martins, S. Paulo, 1940, n. 63, pg. 83.
489) Apud Legaz Lacambra, op. cit., pgs. 357/8.

da sociedade por um colher de número crescente de aspectos da vida nas malhas de profusas leis e regulamentos. E tais normas se ditam com predominante caráter de Direito Público.

46. — O progressivo aumento do poder do Estado tem repercussões cada vez mais numerosas e intensas no que são relações entre particulares, pertinentes ao campo do Direito Privado.

A disciplina da propriedade assumiu, como vimos, um caráter novo. Da mesma forma, a dos contratos. As chamadas cláusulas legais do contrato do trabalho, que, sob a categoria de locação de serviços, se regulava no Direito Civil, terão sido as primeiras manifestações dessa intervenção do Estado na intimidade das relações contratuais. O contrato do trabalho, todavia, se destacou do Direito Civil e constituiu-se objeto de um corpo de leis específicas. Mas, a locação de coisas continuou no Direito das Obrigações. E nela, já pelas leis de inquilinato, já pelas leis de luvas, a liberdade contratual perdeu a sua intangibilidade. No contrato de seguro, não só se multiplicaram as cláusulas legais, como se tornaram freqüentes os casos em que a lei impõe se realize o contrato. Abundam, também, os contratos de adesão, sobretudo a favor de emprêsas monopolistas, entre elas as estatais.

Se o capitalismo na sua fase primitiva levou as legislações modernas ao abandono do ins-

tituto da lesão enorme, volve êle, agora, sob a forma de medidas contra o enriquecimento injusto, como as leis de usura e as normas de tabelamento de preços. Contra o enriquecimento injusto o Estado não utiliza só os métodos diretos de intervenção nas relações entre os contratantes, pela imposição de tetos de lucros — também o indireto, que proveito direto lhe proporciona, da taxação dos lucros excessivos.

A doutrina do abuso do direito põe, como observou Ripert, um limite novo, nas mãos do juiz, ao exercício de qualquer direito. O artigo 1.º do Código Civil Soviético dá-lhe uma fórmula muito conhecida: "Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos em contradição com a sua destinação social e econômica". Essa base objetiva para a qualificação do caráter ilegítimo do exercício do direito faz ressaltar o predomínio do coletivo sôbre o individual.

Aliás, as doutrinas objetivistas, reação contra o subjetivismo individualista, ganham terreno no Direito Privado. É de lembrar o sucesso da doutrina do risco, no campo da responsabilidade civil, doutrina elaborada nas letras jurídicas alemãs e francesas, e francamente aceita na legislação de acidentes no trabalho, transportes urbanos e ferroviários, e acidentes causados por aviões a terceiros na superfície. É significativo que o Código mais terminante em proclamar o critério objeti-

vo seja o Civil Soviético (artigos 403 e 404), diretamente inspirador dos artigos 1910 e 1913 do Código Civil Mexicano de 1932 (507).

Também a teoria da imprevisão, repercussão da guerra na economia contratual, vai conquistando posições. Ressucita ela uma regra canônica, da qual veio a fórmula — "rebus sic stantibus". Limita o princípio considerado de Direito Natural por Le Fur (508) — "pacta sunt servanda", limitação oriunda de mudarem as circunstâncias do ambiente objetivo.

A faculdade de criação do Direito pelos juízes representou papel básico na marcha dessas três teorias. Já referimos que a do abuso do direito foi elaborada, sobretudo, pela jurisprudência francesa, a da responsabilidade objetiva tem sido aplicada pelos tribunais brasileiros, não obstante a lei em contrário, à responsabilidade indireta, a da imprevisão veio à tela dos debates principalmente pela decisão do Conselho de Estado francês no caso da Companhia de Gás de Bordeus, em 1916.

---

507) Cfr. José de Aguiar Dias, "Da responsabilidade civil", ed. Rev. Forense, Rio, 1950, pgs. 88 e seguintes. Transcreve êle, à pg. 88, os incisos citados do Código Civil Soviético e, à pg. 94, os do Mexicano. Vj. Alvino Lima, "Da culpa ao risco", S. Paulo, 1938.

508) Louis Le Fur, "Les grands problèmes du droit", éd. Sirey, 1937, pgs. 181/2. Le Fur admite à regra a restrição de que os comprpmissos desonestos e imorais não obrigam. Fora isso, "les engaments *librements conclus*" hão de ser obedecidos.

"*Notre droit positif actuel*", escreve Gaston Morin, "*tel qu'il résulte des lois nouvelles et de la jurisprudence*, est fort éloigné des principes *individualistes* du Code Civil, auxquels de graves atteintes ont été portées dans ces trois domaines du droit: les contrats, la responsabilité, la propriété". O professor de Montpellier analisa as inovações num ensaio agudo sob o título — "La révolte du Droit contre le Code" (509). E observa que não nos deixemos iludir pela "permanence trompeuse du droit formel" denunciada por Tarde. "À toutes les époques et dans tous les droits, notamment en droit romain, en droit anglais, chez les légistes de l'ancienne France, la plupart des progrès juridiques se sont réalisés de la sorte, c'est-à-dire par des simulations. C'est un procédé technique constant de lévolution du droit que le déguisement de l'ordre noveau sous le manteau de l'ordre ancien" (510). A atividade criadora da jurisprudência opera com frequência, por êsse modo.

Êsse aproveitamento do Direito formal pelas situações novas conduz a ilogismos gritantes. As sociedades anônimas de um só membro, conhecidas já da Alemanha e da Inglaterra, irromperam na França com o avultar das nacionalizações. E criaram um problema no perplexo es-

509) Gaston Morin, "La révolte du Droit contre le Code", éd. Sirey, Paris, 1945, pg. 1.

510) Morin, op. cit., pg. 2.

pírito dos juristas: "Comment concevoir", pergunta Gaston Leduc, "une societé qui n'aura qu'un seul membre, celui-ci- fût-il l'État en personne, même revêtu de sa dignité et, sur le plan économique, de son énormité présente?" (511). A realidade desdenhou da lógica — o instituto nasceu sem revelar o que era: "pour ce qui est des sociétés composées du seul État, force est de constater que leur existence a notamment précédé la perception de leur essence" (512). E perceberam-na? "Il reste à préciser bien des choses et peut-être à changer le vocable" (513).

Se "seguro, títulos de crédito e sociedades anônimas são os institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o Direito Privado moderno" (514); se "os problemas de Direito Comercial se coadunam com os problemas mais debatidos da nossa época, como os que respeitam ao intervencionismo estatal" (515); e se êsse ramo do Direito Privado mergulha suas raízes no Direito das Obrigações, é bem de ver o que o Estado Contemporâneo, gestor da economia, controlador

511) Gaston Leduc, "Les sociétés d'État et la mise en valeur de l'Outre-Mer", in "La distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'entreprise publique", Archives de Philosophie de Droit cit., pg. 112.

512) Leduc, op. cit., pg. 121.

513) Autor e op. cita., pg. 122.

514) Tulio Ascarelli, "Panorama do Direito Comercial" cit., pg. 34.

515) Ascarelli, op. cit., pg. 52.

da previdência social, do crédito, das formas de produção, da distribuição de lucros, êle próprio segurador, banqueiro e empresário, tem feito e fará de incessante remexer no campo jurídico que outrora era, e em grande parte se mantém, o reino do individualismo. "También el Derecho mercantil se publifica", diz Legaz Lacambra (516).

O Estado Contemporâneo chamou princípios do Direito de Família para o Direito Constitucional. Doutra parte, o industrialismo moderno lançou a mulher em tôda a sorte de ocupações fora de casa, e a guerra total da era do capitalismo de Estado não dispensa a contribuição feminina. A condição jurídica da mulher alterou-se extraordinàriamente. O Direito de Família não ficou a salvo da ação remodeladora do Estado omnipresente.

No Direito das Sucessões, restringe-se a vocação hereditária, aumentando-se as possibilidades do Estado-Herdeiro. E êste, pelo agravamento do impôsto de sucessões, assegura-se um quinhão crescente nas partilhas de bens "causa-mortis".

Enfim, o Direito Privado inteiro foi colhido pelos efeitos dessa impulsão irrefreável do Estado Contemporâneo a vigiar tudo, a ordenar tudo, a dispor tudo nos seus lugares.

---

516) Legaz Lacambra, "Filosofia del Derecho" cit., nota à pg. 373.

Capítulo 5.º

REMATE

51. Tudo isso é bom ou mau? Da nossa parte, não nos alegramos nem nos entristecemos. Fiquemos com mestre Spinoza: "não rir, nem chorar, compreender" (557).

Os que se dispuserem a abandonar-se ao ímpeto dos afetos, mola da ação, poderão filiar-se a vários tipos. Individualistas aspirarão à livre iniciativa particular, à propriedade privada restabelecida em seus moldes antigos, ao Estado ausente da economia, a um Direito formal, sóbrio, bem definido e bem dividido, pelo qual os direitos subjetivos individuais sejam restaurados no seu esplendor de 89. Socialistas que se filiem aos discípulos mais conseqüentes de Karl Marx — a Lenine ou a Rosa Luxemburgo, continuarão a visar uma associação livre dos produtores diretos, uma propriedade social, uma auto-organização da sociedade, em que o Estado tenha perecido e em que o Direito se dilúa em costumes de mútuo respeito e cooperação, em medidas técnicas de organiza-

---

557) Fórmula condensatória do § 4.º do Capítulo 1.º do "Tractatus Politicus".

ção econômica e de medicina preventiva e curativa. Um terceiro grupo, dividido em muitos subgrupos, se considerará de realistas.

Neste 3.º grupo, homens do Ocidente afirmarão que o individualismo foi superado e o socialismo é um sonho cuja tentativa de efetivação custa sangue e mata a liberdade: a solução é a que a realidade vai impondo, numa transação plástica entre o individualismo e o coletivismo. Outros dirão que a evolução assinalada constitui ela própria o socialismo, ou é a marcha para o socialismo: o que será necessário, será eliminar o egoismo anti-igualitário norte-americano e a violência liberticida russa. Homens do Oriente — se não forem iugoslavos — sustentarão que é falso seja a União Soviética capitalismo de Estado, que os chamados burocratas são, em verdade, trabalhadores livremente eleitos, livremente destituíveis, a dirigirem uma sociedade sem classes, e que o Estado, ali, se mantém e se fortalece por causa, externamente, do belicismo capitalista e, internamente, de alguns sabotadores a serviço do imperialismo, de que só existirá a forma ocidental. E, se porventura aceitarem que há uma burocracia, argumentarão que trabalho improdutivo é imprescindível à sociedade, a qual depende de despesas, como as da circulação, onerosas, mas necessárias — assim também as das funções públicas e as das instituições culturais, sendo que os técnicos e os engenheiros, estes exercem uma função produtiva; e que a de-

sigualdade de ganhos é contingência da fase inferior do comunismo — a do socialismo, cuja norma de distribuição será a do artigo 12 da Constituição Soviética. Os iugoslavos contra-objetarão, porém, que o sentido da evolução na Rússia tem sido, com o desenvolvimento econômico, a do fortalecimento do Estado e a do aumento da desigualdade — e isso, para discípulos de Marx, Engels e Lenine, não pode ser o socialismo, pois que, neste com a riqueza viria, segundo os mestres invocados por ambas as partes, o debilitamento do Estado e o aumento da igualdade. Estado numa sociedade sem classes seria um absurdo inadmissível. Mas, sem ir mais longe, dirão terceiros aos iugoslavos: o que não pôde a Rússia com as riquezas do seu imenso território, poderá a pequena Iugoslávia?

Aos que têm no espírito um estalão dogmático, bem sistematizado, para avaliar os fatos, pode tudo quanto se vê no mundo contemporâneo ser igualmente repulsivo. Nosso magnífico mestre professor Leonardo Van Acker, que, com vastíssima informação e excepcionais qualidades didáticas, ensina o neo-tomismo na Universidade Pontifícia desta Capital, escrevia a Alceu de Amoroso Lima que, "despido da forma natural ou desnaturado" (558), "o direito há-de procurar esteio na

558) O elemento formal da lei, para o professor Van Ak[illegible] "são os princípios da lei natural, participação da lei eterna [illegible] nós" — loc. cit. na nota seguinte.

matéria. Esta última pode ser individual ou coletiva. Sendo *individual*, temos o individualismo jurídico, cujas formas são a tirania, no mau sentido, o absolutismo dos reis, a democracia individualista igualitária. Sendo *coletiva* a matéria, temos o coletivismo jurídico, cujas expressões históricas são: a oligarquia, incluindo a ditadura de classe (burguesia ou proletariado) e a ditadura de partido (fascismo, hitlerismo, bolchevismo). Ou, então, a demagogia, não só a ateniense, mas também as formas modernas do socialismo de Estado (p. ex., a "democracy" norte-americana e o socialismo francês) e como conseqüência externa o imperialismo, o nacionalismo, o chovinismo, o racismo. Demais, como a monarquia ganha em ser temperada pela aristocracia e a verdadeira democracia, assim também o mal da tirania "ganha" em ser agravado pelo ingrediente oligárquico e demagógico. Daí as formas mistas, antigas e modernas, de materialismo jurídico (hajam visto o hitlerismo, amalgamado com o monarquismo e o capitalismo; o fascismo com a ditadura do Duce e o socialismo nacionalista e imperialista, etc.)" (559). Como se vê, pelo estalão da cidade de Deus, pode-se vir a enxergar a cidade do Diabo por tôda a parte...

559) In Tristão de Ataíde, "Introdução ao Direito Moderno", ed. Centro D. Vital, 1933, nota 1 à pg. 302.

Quando a expedição de sábios chefiada por Maupertuis deparou com o habitante de Sirius Micromegas, e êste e o habitante de Saturno, que o acompanhava na viagem à Terra, conseguiram meios para ver e ouvir os animáleulos que numa casca de noz navegavam na banheira do Báltico, um dêstes disse aos gigantes: "Savez-vous bien qu' à l'heure que je vous parle, il y a cent mille fous de notre espèce, couverts de chapeaux qui tuent cent mille autres animaux couverts d'un turban, ou qui sont massacrés par eux, et qui, presque par toute la terre, c'est ainsi qu'on en use de temps immémoriaux?" Micromegas enraiveceu-se e dispôs-se a ir esmagar com três passadas todo o formigueiro de assassinos. Razões o fizeram voltar da sua cólera e pouco depois outra experiência dos animáleulos lhe foi possível. "Que altura tenho?" — indagou o gigante. "Mil toesas", respondeu-lhe um dos sábios da Terra, após duas visadas e um cálculo. "Quoi, cet atome m'a mesuré! Il est géomètre, il connaît ma grandeur!"...

Assim é o homem.

A História faz o homem. O homem faz a História. Confiemos na História e no homem.